

Il sistema sanzionatorio in materia edilizia ed il principio eurounitario di proporzionalità

DI CRISTIAN FORMICA
(Dottore in Giurisprudenza)

Abstract

Il sistema sanzionatorio in materia edilizia si presenta particolarmente complesso ed afflittivo, in ragione della concorrenza di misure sia amministrative che penali, nonché per l'esistenza di plurime Autorità dotate dei poteri sanzionatori.

Dopo aver analizzato il principio di proporzionalità (di matrice europea) ed il modo in cui esso incide sull'esercizio delle potestà pubblicistiche, con il presente lavoro si andrà ad esaminare, anche attraverso gli orientamenti maturati in sede pretoria, il sistema repressivo degli abusi edilizi.

Sulla scorta del quadro normativo ed ermeneutico di riferimento, le suddette misure si configurano come doverose, vincolate, ed aventi carattere reale, nel senso che, rivolgendosi alla res, esse prescindono dalla responsabilità di chi è nella materiale disponibilità dell'immobile su cui insiste l'abuso.

Se questa è l'impostazione del nostro ordinamento, le Autorità giurisdizionali sovra-nazionali, dal canto loro, hanno enunciato importanti principi di diritto in grado di incidere, in modo sostanziale, sul suddetto impianto sanzionatorio.

In sintesi, l'assoluta prevalenza dell'interesse pubblico volto a contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio, anche a discapito di un'attenta e propedeutica ponderazione tra gli interessi confliggenti, ed il cumulo di sanzioni penali ed amministrative rischiano di rendere l'apparato sanzionatorio, a fronte dei principi di diritto enunciati dalle Corti EDU e di Giustizia UE, sproporzionato ed eccessivamente afflittivo.

The system of sanctions in the building sector is particularly complex and afflictive, in consideration of the competition between administrative and criminal profiles, as well as the plurality of Authorities with sanctioning power.

After having analyzed the principle of proportionality (of European derivation) and the way in which it influences the exercise of public powers, this work

describes the repressive system of building abuses, also taking into account the guidelines developed and consolidated in jurisprudence.

The result is that the sanctions are dutiful, bound, and real, in the sense that, being connected to the building, they are not connected with the responsibility of the owner (or with the occupier) of it.

If this is the setting of our legal system, the European Court of Human Rights and the European Court of Justice, in this regard, have enunciated important principles of law able to influence that system.

Our legal system, highlighting the need to repress building abuses, presents, unlike the principles of law enunciated in the European context, a system of sanctions that risks being disproportionate and excessively repressive.

SOMMARIO: 1. Azione amministrativa e principi eurounitari di proporzionalità e di legittimo affidamento - 2. Gli abusi edilizi ed il sistema sanzionatorio - 3. Recenti questioni vagliate dalle Corti EDU e di Giustizia UE - 4. Considerazioni conclusive

1. Azione amministrativa e principi eurounitari di proporzionalità e di legittimo affidamento.

Il principio di proporzionalità costituisce uno dei criteri generali a cui le Pubbliche Amministrazioni, nell'esercizio delle rispettive potestà pubblicistiche, sono tenute a conformare la propria attività¹.

Tale clausola generale trae origine dall'ordinamento comunitario (e, ancor prima, dall'ordinamento tedesco)², la cui influenza (ed incidenza) ne ha favorito la diffusione tra gli ordinamenti degli Stati membri.

Con riguardo all'ordinamento comunitario, il suddetto principio,

¹ Anche il principio di ragionevolezza costituisce un principio generale a cui l'Amministrazione deve conformarsi. Per un maggior approfondimento dell'argomento, si segnalano i contributi di F. NICOTRA, *I principi di proporzionalità e ragionevolezza dell'azione amministrativa*, in www.federalismi.it, numero 12, 2017, e di M. D'ALBERTI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2012, 38-39. Il primo Autore evidenzia che mentre la ragionevolezza indice ad una valutazione "qualitativa" degli interessi, di modo che il sacrificio imposto al privato sia congruo rispetto all'interesse pubblico, la proporzionalità, dal canto suo, incide sulla "quantità" del potere discrezionale, in modo da consentire il perseguimento dell'interesse pubblico col minor pregiudizio possibile a carico del privato. Il secondo Autore precisa che il riferimento più immediato della ragionevolezza si rinviene nell'obbligo di motivazione del provvedimento. Al riguardo, si evidenzia come il sindacato giurisdizionale sulla ragionevolezza, nel tempo, sia passato da un controllo formale ad uno maggiormente incisivo e sostanziale sulla motivazione, volto a censurare atti contraddittori ed illogici.

² In merito, si segnala il contributo di D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea)*, 2020, in giustizia-amministrativa.it. Ivi l'Autrice evidenzia che nel diritto tedesco il principio di proporzionalità venne utilizzato per la prima volta già nel 1802 da Günther von Berg. In tale ordinamento, il principio in esame nasce dall'unione di tre elementi: idoneità, necessità, proporzionalità in senso stretto. In particolare, un mezzo è idoneo nel momento in cui consente il raggiungimento dell'obiettivo prefissato, necessario quando non esistono altri strumenti (egualmente idonei) che incidono in modo più mite nella sfera giuridica dei privati (*id est*: il mezzo più mite), proporzionato quando non arreca pregiudizi eccessivi al destinatario.

codificato all'interno del Trattato sull'Unione Europea (all'art. 5, par. 4)³, costituisce un limite e, al contempo, un parametro di riferimento tanto con riguardo all'esercizio del potere legislativo quanto di quello esecutivo⁴.

Per un verso, l'azione dell'UE non deve eccedere quanto necessario per raggiungere gli scopi prefissati, anche al fine di evitare ingiustificate invasioni, da parte dell'Unione Europea, tra le competenze degli Stati membri⁵.

Per altro verso, secondo costante giurisprudenza, il principio di proporzionalità esige che gli atti delle Istituzioni dell'Unione non oltrepassino i limiti di quanto è necessario alla realizzazione delle finalità normative.

Ciò comporta che, qualora sia possibile scegliere fra più misure appropriate, si deve ricorrere a quella meno restrittiva, facendo in modo che i sacrifici imposti risultino proporzionati agli scopi prefissati⁶.

³ In cui è espressamente previsto che: *“Il contenuto e la forma dell'azione dell'Unione si limitano a quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi dei trattati”*.

⁴ Recentemente, la Corte di Giustizia UE ha statuito che: *“Nel determinare la portata di qualsiasi deroga ad un diritto individuale, come quello alla parità di trattamento tra uomini e donne, occorre rispettare il principio di proporzionalità, che richiede che le deroghe non eccedano i limiti di quanto è adeguato e necessario per raggiungere lo scopo perseguito e prescrive di conciliare, per quanto possibile, il principio della parità di trattamento con le esigenze del fine così perseguito”* (Sez. IV, 19 novembre 2020, n. 93/19, *Servizio europeo per l'azione esterna c. Chantal Hebberecht*, in *pluris-cedam.utetgiuridica.it*). In applicazione di tale principio, si è ivi chiarito che la preferenza dei candidati di sesso femminile nei settori della funzione pubblica in cui le donne sono sotto-rappresentate è compatibile con il diritto euro-unitario qualora, per un verso, tale disciplina non comporti in modo automatico ed incondizionato la preferenza ai candidati di sesso femminile aventi una qualificazione pari a quelli di sesso maschile e, per altro verso, le candidature siano oggetto di un esame che tenga conto della situazione personale di tutti i candidati.

⁵ Per un più approfondito esame di tale principio con riguardo all'ordinamento comunitario, C. CAVALLARI, *Manuale di diritto dell'Unione Europea, Nel diritto Editore*, 2017. Ivi si evidenzia la differenza tra il principio di proporzionalità, teso a parametrare la misura dell'azione agli obiettivi da perseguire, con quello di sussidiarietà, che giustifica l'intervento dell'Unione (nelle materie di competenza non esclusiva) allorché gli obiettivi previsti non possano essere perseguiti in maniera sufficiente dagli Stati membri. In entrambi i casi, l'obiettivo è quello di evitare interventi da parte dell'UE di portata ingiustificatamente ampia, con conseguenziale compressione delle competenze statali.

⁶ In termini, Corte di Giustizia UE, Sez. I, 4 giugno 2020, causa C-456/18 P. È bene evidenziare che il principio di proporzionalità incide anche sull'esercizio del potere normativo. Di recente, la Corte Costituzionale ha dichiarato l'incostituzionalità della norma (*id est*: l'art. 14, comma 1-bis, del d.lgs. n. 33/2013) che impone(va) alle

Nel nostro ordinamento, il suddetto principio, con riguardo all'attività amministrativa, ha trovato ingresso per mezzo del rinvio, ai principi di matrice comunitaria, contenuto nell'art. 1, comma 1, della L. n. 241/1990⁷.

Conseguenza immediata della sua applicazione è che l'Amministrazione, nell'esercizio dei propri poteri autoritativi, è tenuta ad adottare la decisione comportante il minor sacrificio possibile agli interessi dei soggetti destinatari⁸.

Vale a dire che le limitazioni della sfera giuridica dei privati in tanto sono ammissibili in quanto, a fronte dell'interesse pubblico da soddisfare e dei benefici alla collettività che ne derivano, esse risultino idonee e non eccessive⁹.

Nel dettaglio, la proporzionalità impone di esaminare tre profili: l'idoneità della misura nel realizzare gli scopi della norma, la necessità e l'adeguatezza del sacrificio cagionato rispetto all'interesse pubblico da perseguire¹⁰.

Amministrazioni di pubblicare sul proprio sito istituzionale i compensi ricevuti dai dirigenti pubblici nonché i dati reddituali propri e dei rispettivi congiunti. Rilevando una sproporzione di tale adempimento rispetto alle finalità normative (salvo che per i compensi ricevuti dal dirigente), si è ritenuto di dover limitare tale obbligo ai soli dirigenti apicali (sentenza n. 20 del 21 febbraio 2019).

⁷ Ivi è previsto che: *“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario”*.

⁸ La giurisprudenza è pacifica nel ritenere che: *“Il principio di proporzionalità impone all'amministrazione di adottare un provvedimento non eccedente quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato ... e che, definito lo scopo avuto di mira, esso è rispettato se la scelta concreta dell'amministrazione è in potenza capace di conseguire l'obiettivo (idoneità del mezzo) e rappresenta il minor sacrificio possibile per gli interessi privati attinti (stretta necessità), tale, comunque, da poter essere sostenuto dal destinatario (adeguatezza)”* (ex multis e da ultimo, Cons. Stato, Sez. V, 20 ottobre 2020, n. 6331).

⁹ Secondo D. SORACE, *Diritto delle Amministrazioni Pubbliche*, Il Mulino, 2015, 113, il principio di proporzionalità incide anche sotto il profilo degli oneri burocratici. Tenuto conto che questi ultimi possono dar vita a notevoli complicazioni per imprese e cittadini, il suddetto principio implica che tali adempimenti debbano informarsi al criterio di semplicità.

¹⁰ Trattasi di un principio pacifico in giurisprudenza. Al riguardo, è stato recentemente ribadito che: *“In base al principio di proporzionalità, gli atti amministrativi non debbono andare oltre quanto è opportuno e necessario per conseguire lo scopo prefissato e, qualora si presenta una scelta tra più opzioni, l'Amministrazione deve ricorrere a quella meno restrittiva, non potendosi imporre obblighi e restrizioni in misura superiore a quella strettamente necessaria a raggiungere gli scopi da realizzare, sicché la proporzionalità comporta un giudizio di adeguatezza del mezzo adoperato rispetto all'obiettivo da perseguire e una valutazione della portata restrittiva e della necessità*

L'idoneità impone di verificare se una specifica misura sia in grado di raggiungere i fini contenuti nella norma attributiva del potere. Occorre valutare, in quella sede, se il mezzo prescelto sia capace (o meno) di realizzare gli scopi prestabiliti, individuando, tra tutte le soluzioni possibili ed applicabili al caso concreto, quelle in grado di raggiungere il risultato atteso.

La necessità, dal canto suo, impone di selezionare, tra le misure egualmente ed astrattamente idonee, quella più mite¹¹.

I benefici derivanti da tale ultima analisi, da effettuarsi prima dell'esercizio del potere, possono apprezzarsi sotto un duplice profilo.

Per un verso, essa consente di valutare se l'esercizio delle potestà pubblicistiche risulti, nel caso concreto, indispensabile.

Al contempo, tale indagine consente di mettere in campo le risorse strettamente necessarie al perseguimento dei fini istituzionali, così da assicurarne un uso ottimale in ossequio ai principi generali di buon andamento e imparzialità.

Il parametro dell'adeguatezza, a sua volta, impone di individuare, tra una pluralità di alternative possibili, quella che arreca minori sacrifici.

In altri termini, una volta identificate le misure che, a fronte dell'interesse pubblico da perseguire, risultano idonee e necessarie, occorre preferire quella che arreca il minor pregiudizio possibile ai destinatari.

Va da sé che il principio in commento implica lo svolgimento, prima di assumere la decisione amministrativa, di una congrua e completa attività istruttoria, valutando gli elementi (di fatto e di diritto) e ponderando tutti gli interessi che, nel caso concreto, vengono in rilievo.

Solo in questo modo, a fronte di plurime alternative astrattamente idonee, è possibile selezionare quella che assicura il perseguimento

delle misure che si possono prendere" (da ultimo, TAR Sicilia, Catania, Sez. I, 29 giugno 2020, n. 1566).

¹¹ D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità fra diritto nazionale e diritto europeo (e con uno sguardo anche al di là dei confini dell'Unione Europea, 2020*, in *giustizia-amministrativa.it*. In merito, l'Autrice sottolinea che un mezzo ha la medesima efficacia rispetto ad un altro solo qualora consenta il raggiungimento dell'obiettivo con la medesima intensità. Tale aspetto implica una valutazione concreta della questione, dovendo accertare il grado di interferenza dell'atto nella sfera giuridica del destinatario. A tal proposito, viene evidenziato come la giurisprudenza tedesca, in aggiunta a tale indagine, valuti la sussistenza di suddetto requisito anche attraverso lo svolgimento di un esame *ex post*.

degli interessi pubblici invadendo il meno possibile la sfera giuridica dei privati¹².

Proprio con riguardo al rapporto tra Amministrazione e privati, si è altresì sottolineato come il principio in commento, unitamente alla sussidiarietà orizzontale (di cui all'art. 118, comma 4, Cost.), possa incidere tanto sulla preferenza degli strumenti negoziali in luogo di quelli autoritativi, quanto nel senso di limitare l'intervento pubblico nell'ambito delle attività private, anche alla luce dei principi di liberalizzazione enunciati in sede europea.

Sotto questo aspetto, specie con riferimento alle attività private che possono svolgersi liberamente e senza pregiudizio per l'utilità pubblica, si tutela la posizione di chi si trova di fronte ad un'azione amministrativa formalmente in linea con le finalità normative, ma non strettamente necessaria, non potendosi giustificare, in tal caso, un uso dei poteri autoritativi (autorizzativi o repressivi) volto a comprimere l'iniziativa e le posizioni private¹³.

Anche in sede pretoria, al fine di individuare la misura meno lesiva possibile, si è ribadita la necessità di un'adeguata e propedeutica ponderazione degli interessi che emergono nella fattispecie concreta.

Sotto questo profilo, il principio in commento costituisce un parametro per valutare la correttezza dell'esercizio del potere discrezionale, da esercitarsi attraverso un attento bilanciamento tra gli interessi confliggenti¹⁴.

Sempre in giurisprudenza, si è precisato come il principio in esame non costituisca un canone rigido ed imm modificabile, bensì una

¹² La tematica è stata oggetto di numerosi studi ed approfondimenti, tra i quali A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, 1998, CEDAM; D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, 1998, Giuffrè; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, 2008, Giuffrè.

¹³ V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti di diritto amministrativo*, Giappichelli, 2015, 256-257. Ivi si ipotizza che, sussistendo la possibilità di scelta, andrebbe preferito l'acquisto di un bene mediante compravendita rispetto all'utilizzo del potere espropriativo.

¹⁴ D.U. GALETTA, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2006, 10, 1106, in *leggiditalia.it*. Ivi si evidenzia come il giudizio sulla proporzionalità debba basarsi sulla ponderazione in concreto degli interessi in gioco e sulla possibilità di salvaguardare gli uni senza dover sacrificare in modo eccessivo (*id est*: sproporzionato) gli altri. La sproporzione va valutata, per un verso, con riguardo alle misure alternative eventualmente disponibili (ed egualmente idonee) all'Amministrazione e, dall'altro, con un controllo sulla proporzionalità. Tale ultimo profilo impone un equilibrio fra le conseguenze negative al cittadino e la necessità di perseguire l'interesse pubblico.

regola flessibile, legata alla razionalità ed alla legalità dell'azione amministrativa¹⁵.

L'importanza di quanto sopra esposto si coglie in considerazione del fatto che un'attività sproporzionata inficia la validità del provvedimento emanato, configurandosi il vizio dell'eccesso di potere¹⁶.

Numerose sono le implicazioni concrete del principio in esame¹⁷. Con riguardo alle procedure ad evidenza pubblica, ad esempio, tale principio assume rilievo già in sede di determinazione dei requisiti per partecipare a gara, i quali, seppur stabiliti dall'Ente in modo discrezionale, devono risultare proporzionati all'oggetto dell'appalto.

Se, per un verso, la P.A. può imporre requisiti più severi rispetto a quelli stabiliti dalla legge, per altro verso, occorre dotare tale scelta di una congrua motivazione, onde evitare un'eccessiva riduzione della concorrenza.

¹⁵ In termini, Cons. Stato, Sez. IV, 26 febbraio 2015, n. 964. Ivi si è precisato che: *“Il principio di proporzionalità va inteso nella sua accezione etimologica e dunque da riferire al senso di equità e di giustizia, che deve sempre caratterizzare la soluzione del caso concreto, non solo in sede amministrativa, ma anche in sede giurisdizionale. Parallelamente, la ragionevolezza costituisce un criterio al cui interno convergono altri principi generali dell'azione amministrativa (imparzialità, uguaglianza, buon andamento): l'amministrazione, in forza di tale principio, deve rispettare una direttiva di razionalità operativa al fine di evitare decisioni arbitrarie od irrazionali. In virtù di tale principio, l'azione dei pubblici poteri non deve essere censurabile sotto il profilo della logicità e dell'aderenza ai dati di fatto risultanti dal caso concreto: da ciò deriva che l'amministrazione, nell'esercizio del proprio potere, non può applicare meccanicamente le norme, ma deve necessariamente eseguirle in coerenza con i parametri della logicità, proporzionalità ed adeguatezza”*. Secondo V. CERULLI IRELLI, op. ult. cit., il principio in esame, imponendo di realizzare gli obiettivi dell'azione amministrativa alle migliori condizioni e causando i minori sacrifici possibili, può essere considerato come una declinazione del principio di legalità sostanziale e come principio di giustizia.

¹⁶ . In dottrina, tra i tanti contributi, cft. A. TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, RomaTrE-Press, 2016, 609- 618. L'Autore evidenzia come le riflessioni sull'eccesso di potere possano riassumersi in due posizioni distinte. Da un lato, emerge la tendenza a configurarlo come una forma di violazione di legge, non caratterizzata dalla lesione di una disposizione puntuale del diritto positivo bensì dalla lesione delle finalità perseguite dal legislatore o dei valori immanenti nel nostro ordinamento. Dall'altro lato, vi è la tendenza a considerare i vizi dell'eccesso di potere e di violazione di legge quali fattispecie nettamente distinte. In tale ultimo caso, le diversità rendono tali figure complementari e, al contempo, utili in prospettiva di una pienezza di tutela.

¹⁷ Giova sottolineare come il principio in commento trovi applicazione non solo con riguardo all'attività della P.A., estendendosi agli altri settori del diritto.

In sintesi, il principio di proporzionalità, unitamente al *favor participationis*, impone che i requisiti indicati dalla *lex specialis* siano congrui e adeguati rispetto alla tipologia e all'oggetto dell'appalto¹⁸.

Sempre in sede giustiziale si è chiarito, in tema di poteri sanzionatori e disciplinari, che se, per un verso, il principio di proporzionalità implica che la sanzione sia commisurata all'illecito commesso (il c.d. "gradualismo sanzionatorio"), al contempo, esso non può spingersi sino a consentire al Giudicante di sostituirsi alle valutazioni dell'Amministrazione¹⁹.

Il sindacato sull'equilibrio tra benefici ottenuti e sacrifici imposti, infatti, reca con sé il rischio di introdurre una forma di controllo giurisdizionale sul merito dell'azione amministrativa, in quanto incentrato sulla ponderazione e sul temperamento degli interessi in gioco.

Si è evidenziato, tuttavia, che il principio in esame vada ricondotto alla sfera della legittimità e non a quella del merito, ammettendosi un sindacato sulla misura dell'esercizio dei poteri pubblici che non può spingersi sino ad un'analisi sui costi e sui benefici prodotti, che, diversamente, provocherebbe un'ingerenza nelle valutazioni dell'Amministrazione²⁰.

In altri termini, così facendo si attribuirebbe al Giudice Amministrativo il potere di sindacare le scelte di merito dell'Amministrazione, non previsto dalla legislazione ed in violazione del principio di separazione dei poteri.

Ne discende che l'Autorità giurisdizionale non può valutare l'opportunità del provvedimento adottato o individuare le misure che ritiene più idonee, in quanto le valutazioni dell'Amministrazione possono essere sindacate esclusivamente *ab externo*, qualora trasmodino nell'abnormità²¹.

¹⁸ *Ex multis*, TAR Campania, Napoli, Sez. III, 23 luglio 2020, n. 3264.

¹⁹ In termini, CGARS, Sez. giur., 12 marzo 2020, n. 155; Cons. Stato, Sez. IV, n. 5053/2017; id., sentenza n. 7383/2010.

²⁰ A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, cit., 319-320; M. D'ALBERTI, *Lezioni di Diritto Amministrativo*, 2012, Giappichelli, 40.

²¹ Al riguardo, in sede pretoria si è precisato che: "Il principio di proporzionalità consiste in un canone legale di raffronto che, anche dopo la sua espressa codificazione a livello comunitario sulle suggestioni del diritto tedesco ... non consente di controllare il merito dell'azione amministrativa ... il sindacato giurisdizionale non può spingersi ad un punto tale da sostituire l'apprezzamento dell'organo competente con quello del giudice, valutando l'opportunità del provvedimento adottato ovvero individuando direttamente le misure ritenute idonee; il giudice amministrativo, pertanto, non può sostituirsi agli organi dell'amministrazione nella valutazione dei fatti contestati o nel convincimento cui tali orga-

Un dato è certo: il principio sopra esaminato, oltre a costituire un parametro indefettibile a cui l'attività amministrativa deve conformarsi, rappresenta un'importante garanzia per i consociati, scongiurando ingiustificate ed arbitrarie compressioni della propria sfera giuridica.

Sempre in tema di garanzie per i consociati, giova evidenziare che, sulla scorta degli orientamenti espressi dalle Corti EDU e di Giustizia UE, si è consolidato un ulteriore principio in grado di incidere sull'esercizio dei poteri pubblici²².

Il riferimento è la tutela dell'affidamento del privato, che, nei rapporti con la P.A., viene in rilievo in presenza dei seguenti presupposti:

- a. il conseguimento, per effetto di un provvedimento precedente e favorevole, di un vantaggio o di qualsiasi tipologia di utilità;
- b. l'incolpevolezza dell'interessato, derivante dalla "fiducia" riposta sulla legittimità dell'attività amministrativa;
- c. il consolidamento della posizione soggettiva in ragione del tempo trascorso fra l'adozione dell'atto e la sua caducazione.

La sussistenza di tali requisiti consolida una situazione soggettiva meritevole di protezione, suscettibile di ristoro qualora lesa²³.

ni sono pervenuti; ne discende che il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa, ed il suo corollario in campo disciplinare rappresentato dal c.d. gradualismo sanzionatorio, non consentono al giudice amministrativo di sostituirsi alle valutazioni discrezionali compiute dall'autorità disciplinare, che possono essere sindacate esclusivamente ab externo, qualora trasmodino nell'abnormità; altrimenti opinando, si introdurrebbe surrettiziamente una smisurata ed innominata ipotesi di giurisdizione di merito del giudice amministrativo in contrasto con le caratteristiche ontologiche di siffatta giurisdizione, che sono, all'opposto, la tipicità e l'eccezionalità in quanto deroga al principio di separazione dei poteri, cui si ispira la legislazione" (da ultimo, Cons. Stato, sez. II, 8 ottobre 2020, n. 5969).

²² La tematica è stata oggetto di numerosi studi e approfondimenti, tra i quali si segnalano: M. DI FRANCESCO TORREGROSSA, *Il legittimo affidamento del proprietario e il jus aedificandi*, in *www.federalismi.it*, numero 25, 2016; F. CARINGELLA, *I principi del diritto amministrativo*, *Dike Giuridica*, III edizione, 95 - 111.

²³ Sulla risarcibilità della lesione dell'affidamento ingenerato dal provvedimento amministrativo illegittimo favorevole, V. CINGANO, *Il danno causato da un provvedimento amministrativo favorevole illegittimo: giurisdizione e risarcibilità*, 2015, 1, 5, in *www.leggiditalia.it*; M. MAZZOLA, *Ingiustizia del danno e antigiridicità nel risarcimento da provvedimento amministrativo illegittimo favorevole - il commento*, in *Danno e Resp.*, 10, 939, in *www.leggiditalia.it*; M. MAGRI, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento amministrativo illegittimo favorevole - il commento*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2014, 7, 704, in *www.leggiditalia.it*. I citati Autori evidenziano come, in materia, si contrappongano due posizioni: quella espressa dalle Sezioni Unite della Suprema Corte di Cassazione, secondo cui il legittimo affidamento costituisce un diritto soggettivo e, pertanto, sussisterebbe la giurisdizione del G.O., e quella seguita dalla giurisprudenza amministrativa, secondo cui il legittimo affidamento sarebbe una

Autorevole dottrina sottolinea come il principio in commento costituisca una manifestazione del principio di buona fede oggettiva, teso a proteggere l'affidamento consolidatosi su un precedente comportamento della Pubblica Amministrazione o del legislatore. Tale principio opera come una norma di integrazione della disciplina sull'esercizio del potere, in modo da impedire, per un verso, un'applicazione automatica della norma, ed assicurando, al contempo, il preventivo bilanciamento tra gli interessi che emergono nel caso concreto.

Ciò in quanto non si può attribuire rilievo unicamente all'interesse del Parlamento o della Pubblica Amministrazione ad emanare l'atto, dovendosi considerare anche l'affidamento che si è, nel frattempo, ingenerato.

La decisione amministrativa, pertanto, può essere emanata solo all'esito del contemperamento tra queste opposte esigenze²⁴.

Giova anche evidenziare che, alla luce di recenti arresti giurisprudenziali²⁵, si è consolidata la tendenza ad ampliare la portata del principio in commento in modo tale da estenderlo a tutti i rapporti tra l'Amministrazione ed i privati.

forma di manifestazione dell'interesse legittimo e, pertanto, sussisterebbe la giurisdizione del G.A.. Di recente, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 17/2020, nel qualificare tale situazione quale diritto soggettivo, ha riconosciuto implicitamente la giurisdizione ordinaria. In ogni caso, affinché possa configurarsi la responsabilità della P.A., deve sussistere il nesso di causalità tra la condotta e l'evento lesivo e, per l'effetto, occorre verificare se l'attività illegittima dell'Amministrazione abbia determinato la lesione dell'interesse al bene della vita al quale l'interesse legittimo si collega. Secondo la teoria condizionalistica, l'illegittimità degli atti della P.A. è causa dei danni lamentati dal ricorrente quando, in presenza di un'attività amministrativa emendata dagli stessi, la lesione della sfera giuridica del danneggiato non si sarebbe prodotta. Al riguardo, la giurisprudenza prevalente ritiene che la teoria della "*condicio sine qua non*" deve tener conto dell'art. 1227 c.c., che mette in rilievo l'incidenza delle concause umane. Il comma 2 dell'art. 1227 c.c. ed il comma 3 dell'art. 30 c.p.a., in particolare, regolano il secondo stadio della causalità (cd. causalità giuridica), che attiene al nesso tra l'evento illecito e le conseguenze dannose. Alla luce di ciò, non si ritiene accoglibile la domanda di risarcimento dei danni nel caso manchi il nesso eziologico tra l'attività posta in essere dalla P.A. e i danni lamentati dal privato (in termini, Cons. Stato, Sez. VI, 7 settembre 2020, n. 5387).

²⁴ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: il caso della "alternanza"*, in Rivista di Diritto Civile, n. 5/2001, CEDAM. Secondo l'Autore, il conflitto tra la norma attributiva del potere e la norma integrativa sull'esercizio del potere va risolto applicando il criterio della ragionevolezza.

²⁵ Il riferimento è alla sentenza n. 5 del 4 maggio 2018 resa dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Infatti, tenuto conto che il dovere di comportarsi secondo buona fede rappresenta un principio generale che discende dal dovere di solidarietà sociale di cui all'art. 2 della Costituzione, tale principio trova applicazione non solo quando la P.A. avvia trattative contrattuali (o nel corso di una procedura ad evidenza pubblica), ma anche quando agisce in veste autoritativa.

Peraltro, giova evidenziare che la violazione di tali obblighi di condotta non è legata ad una responsabilità da provvedimento ma da comportamento.

Tale differenza è in grado di ampliare sensibilmente le tutele del privato.

A titolo esemplificativo, chi ha ottenuto l'autorizzazione richiesta e, facendo affidamento su di esso, ha effettuato degli investimenti, si troverebbe privo di difese nell'ipotesi di annullamento in autotutela del titolo abilitativo, allorquando tale potere sia stato esercitato in presenza dei presupposti di legge.

In tal caso, la tutela del privato non potrebbe fondarsi sulla legittimità del provvedimento (poi annullato), essendosi rivelato illegittimo, bensì sulla correttezza della condotta assunta dall'Amministrazione.

L'affidamento del privato è leso qualora l'illegittimità del provvedimento (di primo grado) sia imputabile alla negligenza della P.A.. Questo è il fatto che delude il proprio affidamento e che ne impone il ristoro²⁶.

La tutela dell'affidamento, inoltre, è la ragione che impone di indennizzare il privato allorquando il provvedimento favorevole sia stato revocato (*ex art. 21 quinquies* della L. n. 241/1990), o che osta all'annullamento d'ufficio (*ex art. 21 nonies* della L. ult. cit.) del provvedimento illegittimo qualora sia decorso un significativo lasso temporale dalla propria emanazione²⁷.

²⁶ F. TRIMARCHI BANFI, *La responsabilità dell'Amministrazione per il danno da affidamento nella sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 5 del 2018*, Il Corriere Giuridico, n. 12/2018, IPSOA, 1548-1560. Ivi l'Autrice rileva che il principio di buona fede trova già tutela nel diritto civile e, precisamente, nei confronti di chi, facendo affidamento sul comportamento altrui, regola i propri affari di conseguenza. Se tale fiducia viene lesa, chi l'ha suscitata (con la propria condotta scorretta) è tenuto a risarcire il danno cagionato.

²⁷ Ai sensi dell'art. 21 *quinquies*, comma 1, della L. n. 241/1990 è consentita la revoca del provvedimento amministrativo "per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di

In materia edilizia, essa viene in rilievo, in particolar modo, nell'ipotesi di annullamento (in via giurisdizionale o in autotutela) del permesso di costruire illegittimo, tant'è che, in presenza di specifici presupposti, l'interessato può evitare la demolizione delle opere (nelle more realizzate) richiedendo l'applicazione di una sanzione (pecuniaria) alternativa²⁸.

Chiaramente, non può consolidarsi alcuna situazione meritevole di protezione qualora il pregiudizio sia derivato da cause imputabili al danneggiato²⁹.

È l'ipotesi del permesso di costruire rilasciato sulla scorta di dichiarazioni mendaci o su una falsa rappresentazione dei luoghi, a fronte dei quali la P.A. conserva il potere intervenire in autotutela anche a distanza di anni³⁰.

nuova valutazione dell'interesse pubblico originario". L'esercizio di tale potere comporta "la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo". Diversamente, ai sensi dell'art. 21 nonies, comma 1, della L. n. 241/1990, è ammesso l'annullamento d'ufficio del provvedimento illegittimo "Sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati...".

²⁸ Il riferimento è alla c.d. "fiscalizzazione dell'abuso" ex art. 38 del TUEd, ai sensi del quale: "In caso di annullamento del permesso, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa" (comma 1)

²⁹ Si ritiene, inoltre, che il legittimo affidamento non possa configurarsi con riguardo agli atti endo-procedimentali, in considerazione del fatto che questi ultimi sono fonte di una mera aspettativa. Diversamente, si ritiene che l'affidamento possa cristallizzarsi anche nei confronti degli atti di natura privatistica posti in essere dalla P.A., posto che la *ratio* di tale principio è rinvenibile nella necessità di assicurare certezza ai rapporti giuridici, risultando indifferente la forma o la natura dell'atto emanato.

³⁰ Ciò in deroga a quanto prescritto dall'art. 21 nonies, comma 1, della L. n. 241/1990, ai sensi del quale: "Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies (...), può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo".

Sempre in materia edilizia, come sarà meglio specificato *infra*, a fronte della realizzazione di un abuso edilizio non può consolidarsi alcun legittimo affidamento, anche se, dalla sua realizzazione all'emanazione dell'ingiunzione demolitoria, siano decorsi molti anni. La giurisprudenza comunitaria, dal canto suo, ha precisato che tale situazione non può mai invocarsi in caso di violazione di una norma euro-unitaria.

Analogamente, non può assumere alcun rilievo l'affidamento ingenerato da un comportamento assunto dall'Autorità nazionale qualora quest'ultima, a sua volta, violi il diritto dell'UE³¹.

La necessità di tutelare l'affidamento ingenerato in capo al privato incide persino sull'esercizio della potestà normativa.

In merito, la Corte di Giustizia UE ha recentemente statuito che una legge nazionale che abroga, in modo improvviso ed imprevedibile, un precedente diritto senza lasciare il tempo sufficiente per adeguarsi (alla novità normativa) ed in assenza di una specifica necessità, è in grado di ledere l'affidamento ingenerato in capo ai consociati (oltre che la certezza del diritto)³².

2. Gli abusi edilizi e le misure sanzionatorie

L'accertamento dell'abuso edilizio impone l'irrogazione di specifiche e doverose misure sanzionatorie³³.

³¹ In termini, Corte di Giustizia UE, Sez. II, 19 dicembre 2019, causa C-236/18.

³² Corte di Giustizia UE, Sez. VII, 30 aprile 2020, causa C-184/19. La questione sottoposta al vaglio dell'Autorità giurisdizionale dell'UE è se i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento risultano compatibili con una norma nazionale che modifica l'aliquota di accisa sulle bevande fermentate (diverse dal vino e dalla birra) senza prevedere un regime transitorio, qualora una siffatta modifica entri in vigore otto giorni dopo la pubblicazione dell'atto che ne è all'origine. I principi sopra richiamati, infatti, impongono, da un lato, che le norme giuridiche siano chiare e precise e, al contempo, che la loro applicazione sia prevedibile. Inoltre, la normativa degli Stati membri deve essere formulata in modo non equivoco, onde consentire agli interessati di conoscere i loro diritti e obblighi in modo chiaro e preciso. In senso analogo, la Corte Costituzionale, con la sentenza n. 216/2015, ha chiarito che il principio del legittimo affidamento, il cui riferimento costituzionale è rinvenibile nell'art. 3 Cost., non osta a che il legislatore modifichi, in senso sfavorevole agli interessati, la disciplina di determinati rapporti giuridici. Ciò può avvenire in presenza in due casi: l'assenza di situazioni giuridiche consolidate e la sopravvenienza di interessi pubblici tali da giustificare una loro invasione, seppur in modo proporzionato rispetto agli obiettivi da perseguire.

³³ Sul tema, cfr. E. CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Giuffrè Editore, 2018.

L'art. 27 del d.P.R. n. 380/2001³⁴, nell'assegnare al Dirigente del competente Ufficio comunale la vigilanza urbanistico-edilizia del territorio, impone a quest'ultimo, allorquando si accertino interventi eseguiti *sine titulo* o in difformità ad esso³⁵, di ordinarne la demolizione.

Trattasi di un'attività strettamente vincolata che non lascia alcun margine di discrezionalità³⁶, tanto da incidere sui profili formali e procedurali del provvedimento affittivo, ritenendosi ammissibile una generale dequotazione delle garanzie partecipative e dell'onere motivazionale³⁷.

Non sussistendo la necessità di bilanciare l'interesse pubblico (alla

Ivi l'Autore precisa che la sanzione costituisce la conseguenza sfavorevole di un illecito applicata coattivamente dallo Stato o da un Ente pubblico. Importante è la distinzione tra la sanzione ripristinatoria, che colpisce la *res* e mira ad integrare l'interesse pubblico leso, e la sanzione affittiva, che colpisce direttamente l'autore dell'illecito ed ha finalità punitive.

³⁴ Recante il Testo Unico in materia edilizia (d'ora in poi TUed).

³⁵ Per quanto concerne gli Enti Locali, viene in rilievo l'art. 107 del d.lgs. n. 267/2000, in base al quale spetta ai Dirigenti l'adozione dei provvedimenti autorizzatori in materia edilizia, nonché l'emanazione di "Tutti i provvedimenti di sospensione dei lavori, abbattimento e riduzione in pristino di competenza comunale, nonché i poteri di vigilanza edilizia e di irrogazione delle sanzioni amministrative previste dalla vigente legislazione statale e regionale in materia di prevenzione e repressione dell'abusivismo edilizio e paesaggistico-ambientale". Occorre altresì precisare che, ai sensi dell'art. 9 *bis*, comma 1 *bis*, del dPR n. 380/2001 (introdotto dall'art. 10, comma 1, lett. d, della L. n. 120/2020 che ha convertito, con modifiche, il D.L. n. 76/2020), si dispone che: "Lo stato legittimo dell'immobile o dell'unità immobiliare è quello stabilito dal titolo abilitativo che ne ha previsto la costruzione o che ne ha legittimato la stessa e da quello che ha disciplinato l'ultimo intervento edilizio che ha interessato l'intero immobile o unità immobiliare, integrati con gli eventuali titoli successivi che hanno abilitato interventi parziali ...".

³⁶ Sull'esercizio del potere sanzionatorio, G. C. MENGOLI, *Manuale di Diritto Urbanistico*, settima edizione, Giuffrè editore, 2014, 1014 - 1017. Ivi l'Autore chiarisce che le sanzioni amministrative sono soggette ai principi di adeguatezza, proporzionalità, differenziazione, intermediazione e regolarizzazione attiva.

³⁷ Profili fortemente criticati da quella parte della dottrina (tra i quali, M. TRIMARCHI, *il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giornale Dir. Amm.*, 2018, 1, 67 in www.leggiditalia.it) secondo cui gli orientamenti pretori maturati (ed espressi anche dal Consiglio di Stato in composizione plenaria) sul contrasto dell'abusivismo edilizio risultano eccessivamente sbilanciati, nei rapporti col cittadino, a favore dell'Amministrazione. Tanto accadrebbe, in particolare, qualora la P.A., venuta a conoscenza della situazione di illegittimità, non annulli (in autotutela) il titolo edilizio ovvero non disponga la demolizione del manufatto abusivo. In tali casi, posto che la P.A. ha tenuto un comportamento contrario ai canoni generali della buona fede, non si dovrebbe ritenere ammissibile la dequotazione delle garanzie procedurali e dell'onere motivazionale.

rimozione dell'abuso) con l'interesse privato (alla conservazione dell'opera abusiva), l'ordine demolitorio risulta congruamente motivato anche con la sola descrizione dell'abuso e con l'indicazione della normativa violata³⁸.

In senso analogo, l'inosservanza delle garanzie procedurali non comporta, di regola, l'invalidità dell'ordinanza di demolizione.

Tanto per un duplice ordine di motivi: per un verso, il carattere doveroso e vincolato del provvedimento sanzionatorio svislisce l'apporto partecipativo del privato, tenuto anche conto della clausola di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, della L. n. 241/1990³⁹; per altro verso, l'opera abusiva non ingenera alcun affidamento meritevole di protezione, anche se la demolizione è ingiunta a distanza di molti anni dalla sua realizzazione⁴⁰.

Ciò posto, giova evidenziare come l'entità della prescritta sanzione, in ossequio al principio di proporzionalità, venga commisurata alla gravità dell'abuso.

In altri termini, tanto maggiore è la violazione della disciplina urbanistica e edilizia, tanto più grave è la misura repressiva da emanare.

Le conseguenze più afflittive ed invasive per la sfera giuridica dei

³⁸ In termini, Cons. Stato, Sez. VI, 24 agosto 2020, n. 5178.

³⁹ Ai sensi del quale: "Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis".

⁴⁰ Da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 2 luglio 2020, n. 4267. Al riguardo, occorre evidenziare che l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017, ha chiarito che, a fronte della realizzazione di un'opera abusiva, non può mai maturare alcun affidamento, anche se la demolizione è ingiunta a distanza di molti anni. L'intervento del Massimo Consesso della Giustizia Amministrativa ha risolto un annoso contrasto interpretativo, posto che, secondo una parte della giurisprudenza, qualora tra la commissione dell'abuso e l'irrogazione dell'ingiunzione demolitoria fosse decorso un lungo lasso temporale, si riteneva necessaria una congrua motivazione in ragione dell'affidamento ingenerato in capo al privato. Altra parte della giurisprudenza, inoltre, riteneva che l'ordine demolitorio dovesse essere corredato di una congrua motivazione qualora: a) il proprietario del bene fosse persona diversa da quella che ha commesso l'abuso; b) l'intervenuta alienazione non palesasse finalità elusive; c) fra l'abuso e l'ordine di demolizione fosse intercorso un rilevante lasso temporale.

privati sono previste al configurarsi della lottizzazione abusiva⁴¹. La fattispecie, rivolgendosi ad interventi particolarmente invasivi ed impattanti sull'assetto urbanistico dell'area, mira a preservare la potestà programmatrice dell'Amministrazione al fine di assicurare un'ordinata pianificazione nonché un corretto sviluppo del territorio e dei connessi *standard*.

In sede pretoria, con riguardo al frazionamento cartolare, si è precisato che se, per un verso, l'accertamento dei presupposti (*ex* art. 30 del TUEd) impone uno specifico quadro indiziario dal quale desumere in maniera "non equivoca" lo scopo edificatorio, quest'ultimo, al contempo, può palesarsi anche attraverso uno solo degli elementi indiziari all'uopo prescritti.

Le uniche divisioni consentite sono quelle conseguenti alle divisioni ereditarie, donazioni fra coniugi e fra parenti, nonché ad atti costitutivi, modificativi o estintivi di diritti reali di garanzia e di servitù. Le altre tipologie di frazionamento dei terreni agricoli, se manca l'autorizzazione a lottizzare, sono in grado di configurare una lottizzazione abusiva e non possono invocarsi come causa di esclusione⁴².

Quanto al profilo sanzionatorio, come detto, le misure previste sono particolarmente afflittive, in ragione del fatto che:

- il Dirigente del competente Ufficio comunale, con ordinanza da notificare a tutti i proprietari, deve disporre la sospensione dei lavori (che comporta altresì il divieto di disposizione dei suoli);

⁴¹ Ai sensi dell'art. 30 del TUEd, si configura una lottizzazione abusiva quando: vengono iniziate opere che comportano la trasformazione urbanistica o edilizia dei terreni in violazione delle prescrizioni degli strumenti urbanistici (vigenti o adottati), o comunque stabilite dalle leggi statali o regionali, ovvero senza la prescritta autorizzazione (*id est*: lottizzazione materiale); la suddetta trasformazione avviene attraverso il frazionamento e la vendita (o atti equivalenti) del terreno in lotti che, per le loro caratteristiche (*recte*: la dimensione in relazione alla natura e alla destinazione del terreno, il numero, l'ubicazione o l'eventuale previsione di opere di urbanizzazione) ed in rapporto ad elementi riferiti agli acquirenti, denunciano in modo non equivoco la destinazione a scopo edificatorio (*id est*: lottizzazione giuridica o cartolare). Si ritiene che la lottizzazione giuridica abbia lo scopo di anticipare la condotta punibile. In tal caso, è sanzionata l'attività rivolta ad una futura trasformazione edilizia in grado di incidere sull'assetto urbanistico. Per una più puntuale disamina della fattispecie, cfr. N. D'ANGELO, *Abusi e Reati Edilizi*, Maggioli Editore, VII Edizione, 2019.

⁴² In termini, TAR Campania, Napoli, Sez. II, 28 agosto 2018, n. 5249; Cons. Stato, Sez. IV, 1 luglio 2013, n. 3534; *id.*, 13 maggio 2011, n. 2937; *id.*, 3 agosto 2010, n. 5170.

- decorsi 90 giorni, ove non intervenga la revoca del suddetto provvedimento, le aree lottizzate sono acquisite di diritto al patrimonio dell'Ente, che provvederà alla demolizione delle opere (cfr. art. 30, commi 7 e 8, del TUEd);
- anche l'Autorità giudiziaria, accertata tale condotta illecita, ha il potere di confiscare i terreni e le opere, che sono acquisiti di diritto e gratuitamente al patrimonio del Comune; la sentenza, inoltre, è titolo per la immediata trascrizione nei registri immobiliari (cfr. art. 44, comma 2, del TUEd).

Al riguardo, giova evidenziare che la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che tale illecito vada sanzionato indipendentemente dalle responsabilità del singolo proprietario, risultando prevalente, rispetto ad esso, il dato oggettivo dell'intervenuta trasformazione urbanistica del territorio⁴³.

Chiaramente, resta impregiudicata la tutela risarcitoria del terzo in buona fede, da esperirsi innanzi al G.O. e nei confronti dei propri danti causa⁴⁴.

Al di fuori della fattispecie sopra esaminata, diverso è il regime sanzionatorio prescritto (dall'art. 31 del TUEd) per gli interventi eseguiti in assenza, in totale difformità o con variazioni essenziali al permesso di costruire⁴⁵.

⁴³ Da ultimo, Cons. Stato, Sez. II, 12 novembre 2020, n. 6953.

⁴⁴ La giurisprudenza penale, dal canto suo, ha precisato che gli acquirenti dei singoli lotti non possono invocare a proprio sostegno un'asserita buona fede, essendo tenuti a dimostrare di aver adoperato la necessaria diligenza nell'adempimento dei doveri di informazione e conoscenza e, nonostante ciò, di non essere riusciti a percepire l'illiceità dell'operazione (Cass. pen. Sez. III, 13 febbraio 2014, n. 2646). È bene anche precisare che i principi costituzionali di buona fede e di presunzione di non colpevolezza pongono gli interessati al riparo solo dalla responsabilità penale, ma non anche dalle sanzioni amministrative. La condotta in esame è un illecito permanente, trasferibile *propter rem* e sanzionabile in capo a tutti coloro che siano divenuti titolari dei terreni abusivamente lottizzati (Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2020, n. 6762).

⁴⁵ D'ora in poi, anche p.d.c.. Per espressa previsione normativa (*id est*: art. 31, comma 9 *bis*, del TUEd), le medesime sanzioni vengono irrogate per le violazioni riguardanti agli interventi di cui all'art. 21, comma 01 del TUEd (*recte*: gli interventi edilizi assoggettati alla s.c.i.a. alternativa al permesso di costruire). Inoltre, sulla scorta della disciplina vigente, risulta utile precisare che: sussiste una totale difformità al p.d.c. qualora, rispetto al progetto assentito, siano stati realizzati un organismo edilizio integralmente diverso (per caratteristiche plano-volumetriche, tipologiche o di utilizzazione) o volumi edilizi oltre i limiti autorizzati e tali da acquisire un'autonoma rilevanza; si configura una variazione essenziale (al progetto assentito) in presenza di un significativo aumento di cubatura o della superficie di solaio, di modifiche sostanziali ai parametri urbanistico-edilizi, di mutamento delle caratteristiche dell'in-

Ingiunta la demolizione, il proprietario (e il responsabile dell'abuso) ha l'obbligo di rimuovere i riscontrati abusi entro (e non oltre) 90 giorni, decorsi i quali sono previste ulteriori (ed ancora più gravi) sanzioni.

Infatti, l'infruttuoso decorso del termine assegnato comporta:

- l'automatica acquisizione al patrimonio dell'Ente dell'area di sedime su cui insiste il manufatto abusivo;
- l'acquisizione di un'area (aggiuntiva rispetto a quella sopra indicata) fino a dieci volte la superficie dell'abuso⁴⁶;
- l'irrogazione di una sanzione pecuniaria da 2.000 a 20.000 €⁴⁷;

In sede pretoria si è chiarito che, mentre la superficie occupata dal manufatto abusivo è acquisita automaticamente dall'Ente Locale, l'acquisizione di un'area di maggiori dimensioni (*id est*: fino a dieci volte l'area di sedime) impone una congrua motivazione⁴⁸.

L'opera abusiva, una volta acquisita, è demolita con provvedimento del Dirigente del competente Ufficio ed a spese dei responsabili dell'abuso, a meno che, con deliberazione del Consiglio Comunale, non si accerti la sussistenza di prevalenti interessi pubblici alla sua conservazione⁴⁹.

tervento assentito, di mutamenti (urbanisticamente rilevanti) della destinazione d'uso, o della violazione della normativa antisismica. Infine, occorre precisare che, ai sensi dell'art. 34 *bis* del TUED (introdotto dall'art. 10, comma 1, lett. p, della L. n. 120/2020), il mancato rispetto dell'altezza, dei distacchi, della cubatura, della superficie coperta (e di ogni altro parametro delle singole unità immobiliari) non costituisce violazione edilizia se contenuto entro il limite del 2 per cento delle misure previste nel titolo abilitativo. Costituiscono tolleranze esecutive le irregolarità geometriche e le modifiche alle finiture degli edifici di minima entità, nonché la diversa collocazione di impianti e opere interne, qualora non comportino violazione della disciplina urbanistica ed edilizia e non pregiudichino l'agibilità.

⁴⁶ In termini, TAR Campania, Napoli, Sez. VII, 27 marzo 2020, n. 1268. La giurisprudenza ha anche chiarito che: il verbale di accertamento dell'inottemperanza costituisce un atto ad efficacia dichiarativa, limitandosi a formalizzare l'effetto sanzionatorio dell'acquisizione (che avviene *ipso jure*); la notifica del verbale di inottemperanza costituisce titolo idoneo per l'immissione nel possesso; la trascrizione di tali atti rende l'acquisizione opponibile ai terzi.

⁴⁷ La sanzione, in caso di abusi realizzati sulle aree e sugli edifici ricadenti in aree vincolate, ivi comprese le aree soggette a rischio idrogeologico elevato o molto elevato, è sempre irrogata nella misura massima.

⁴⁸ Trattasi dell'area necessaria, secondo le vigenti prescrizioni urbanistiche, alla realizzazione di opere analoghe a quelle abusive.

⁴⁹ In merito, si è recentemente precisato che: "La norma consente, in alternativa alla soluzione finale della demolizione dell'edificazione abusiva, che quest'ultima resti pur sempre in situ, ponendo, affinché effettivamente si determini il vantaggio dell'intera collettività, requisiti destinati a fungere da pre-

Ancora più miti, trattandosi di interventi edilizi di minor rilevanza, sono le sanzioni previste per la parziale difformità al p.d.c., ovvero per gli interventi di ristrutturazione edilizia eseguiti *sine titulo*⁵⁰.

Anche in tal caso l'Ente Locale dispone la demolizione, da eseguirsi entro il "congruo termine" stabilito dall'Amministrazione, decorso il quale essa sarà posta in esecuzione a cura del Comune ed a spese del responsabile.

Allorquando sussista l'impossibilità del ripristino, ovvero la demolizione possa pregiudicare la parte del manufatto legittimamente eseguita, è ammesso il pagamento di una sanzione pecuniaria alternativa (alla demolizione)⁵¹.

Resta inteso che, al fine di beneficiare della sanzione alternativa, sarà onere del soggetto interessato dimostrare la sussistenza dei presupposti di legge⁵².

Trattasi di valutazioni - è bene precisarlo - che attengono alla fase esecutiva dell'ordine demolitorio che, in quanto tali, non ne inficiano la validità, ma che, tutt'al più, sono in grado di incidere sulle sue modalità di esecuzione.

Ancor meno afflittive risultano le misure sanzionatorie per gli interventi edilizi soggetti al regime della CILA o della SCIA (non alternativa al p.d.c.) ed eseguiti in assenza o in difformità ai suddetti titoli abilitanti, prescrivendosi l'irrogazione di mere sanzioni pecuniarie.

Tracciato, seppur sinteticamente, il quadro sanzionatorio in ma-

supposto dell'evento - sussistenza di prevalenti interessi pubblici; mancanza di contrasto dell'edificazione con rilevanti interessi urbanistici, ambientali o di rispetto dell'assetto idrogeologico - dei quali è arbitro l'ente locale, e dei quali il controinteressato può dimostrare l'insussistenza; di talché, la regola generale è giustappunto quella della demolizione delle opere, eccezionale appalesandosi l'intervento del Consiglio comunale ..." (TAR Campania, Napoli, Sez. VI, 9 novembre 2020, n. 5086).

⁵⁰ Trattasi delle ipotesi di cui all'art. 10, comma 1, del Tued (di recente modificato dall'art. 10, comma 1, lettera e, del D.L. n. 76 del 2020), vale a dire "... Gli interventi di ristrutturazione edilizia che portano ad un organismo edilizio in tutto o in parte diverso dal precedente, nei casi in cui comportino anche modifiche della volumetria complessiva degli edifici ovvero che, limitatamente agli immobili compresi nelle zone omogenee A, comportino mutamenti della destinazione d'uso, nonché gli interventi che comportino modificazioni della sagoma o della volumetria complessiva degli edifici o dei prospetti di immobili sottoposti a tutela ai sensi del Codice dei beni culturali e del paesaggio ..." (lett. c).

⁵¹ Tale fattispecie (c.d. fiscalizzazione dell'abuso) è disciplinata dall'art. 34 del Tued, che prescrive il pagamento di una sanzione pari al doppio del costo di produzione della parte dell'opera realizzata in difformità se ad uso residenziale, e pari al doppio del valore venale (determinato a cura dell'Agenzia del Territorio) per le opere adibite ad usi diversi.

⁵² *Ex multis* ed in termini, TAR Veneto, Sez. II, 22 luglio 2020, n. 653; TAR Campania, Napoli, Sez. III, 26 settembre 2019, n. 4609.

teria di illeciti edilizi, risulta opportuno, anche sulla scorta dei consolidati approdi giurisprudenziali, delinearne le caratteristiche essenziali.

Esse, infatti, sono qualificate come misure a carattere reale, nel senso che, rivolgendosi alla *res*, prescindono dalla responsabilità del proprietario o dell'occupante l'immobile.

In altri termini, le sanzioni edilizie sono rivolte anche nei confronti di chi non ha commesso la violazione ma che, in quel momento, è in grado di ottemperare all'ordine demolitorio⁵³.

È *ius receptum*, inoltre, il principio secondo cui gli abusi edilizi costituiscono illeciti permanenti, che il decorso del tempo non legittima ed in relazione al quale non può mai consolidarsi alcun affidamento⁵⁴.

Qualora, poi, sul medesimo immobile venissero eseguiti plurimi abusi, si ritiene che la sanzione appropriata debba individuarsi attraverso una valutazione complessiva (e non atomistica) degli stessi, posto che una valutazione parcellizzata non consente di comprenderne la portata⁵⁵.

Pertanto, allorché gli abusi, nel loro complesso, alterino in modo significativo lo stato dei luoghi, dovrà irrogarsi la sanzione demolitoria⁵⁶.

Ravvisandosi anche profili di natura penale, i poteri sanzionatori avverso gli illeciti edilizi sono altresì esercitabili dal Giudice penale⁵⁷.

⁵³ *Ex multis*, TAR Lazio, Roma, Sez. II Stralcio, 8 giugno 2020, n. 6040.

⁵⁴ Al riguardo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017, ha precisato che: "Il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino".

⁵⁵ Si è statuito che: "Al fine di verificare l'impatto urbanistico di un intervento edilizio consistente in una pluralità di opere deve effettuarsi una valutazione globale delle stesse con la conseguenza che i singoli abusi vanno riguardati nella loro interezza e, proprio perché visti nel loro insieme, possono determinare quella complessiva alterazione dello stato dei luoghi che legittima la sanzione demolitoria e persuade della sua appropriatezza e proporzionalità rispetto a quanto realizzato" (TAR Campania, Salerno, Sez. II, 17 settembre 2020, n. 1168).

⁵⁶ In termini, TAR Lazio, Roma, Sez. II *quater*, 22 luglio 2020, n. 8588.

⁵⁷ Per una più puntuale trattazione sulle sanzioni penali in materia edilizia, si se-

In tale caso è previsto che, con la sentenza di condanna per il reato di cui all'art. 44 del d.P.R. n. 380 del 2001, la demolizione è ordinata qualora non sia stata altrimenti eseguita (cfr. comma 9 dell'art. 31 del TUed).

L'ordine demolitorio disposto dall'Autorità giudiziaria penale è un atto dovuto e l'intervento di un successivo procedimento amministrativo è sindacabile unicamente dal Giudice dell'esecuzione penale⁵⁸.

Ai fini dell'esecuzione dell'ordine di demolizione impartito dal Giudice penale, peraltro, non si configurano funzioni autonome in capo al Comune, spettando tale competenza al Pubblico Ministero ed al Giudice dell'esecuzione.

Occorre evidenziare, infine, che l'inerzia dell'Ente Locale comporta l'attivazione di specifici poteri sostitutivi.

La Regione, qualora il Comune non abbia provveduto (nei termini prestabiliti) a sanzionare gli interventi eseguiti *sine titulo*, in difformità al titolo abilitante o in contrasto con le prescrizioni urbanistiche, può disporre la sospensione⁵⁹ o la demolizione dell'intervento (*ex art. 40, comma 1, del TUed*).

Decorso il termine assegnato per l'ottemperanza all'ingiunzione demolitoria, l'Amministrazione regionale dispone, poi, l'esecuzione in danno dei lavori⁶⁰.

gnalano le seguenti opere: G. C. MENGOLI, *Manuale di diritto urbanistico*, Giuffrè editore, settima edizione, 1081-1146; N. D'ANGELO, *Abusi e reati edilizi*, Maggioli Editore, VII ed., 2019.

⁵⁸ Le sanzioni penali sono previste dall'art. 44 del TUed, che prescrive pene diverse (e commisurate) a seconda della tipologia della violazione, distinguendo fra: 1) mera inosservanza delle modalità esecutive contenute negli strumenti urbanistici e nei permessi di costruire; 2) lavori in totale difformità o in assenza di permesso di costruzione o di prosecuzione dei lavori nonostante l'ordinanza di sospensione, 3) lottizzazione abusiva.

⁵⁹ La sospensione, ai sensi dell'art. 40, comma 3, del TUed non può avere una durata superiore a tre mesi dalla notifica.

⁶⁰ Giova precisare che la Regione, ai sensi dell'art. 39 del TUed, ha anche il potere di annullare le deliberazioni e i provvedimenti comunali, entro 10 anni dalla loro adozione, qualora non siano conformi alle prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o alla normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro emanazione. Tale potere è esercitabile entro 18 mesi dall'accertamento della violazione ed all'esito di un apposito procedimento in cui è assicurato il contraddittorio endo-procedimentale. Entro 6 mesi dall'adozione di tale provvedimento è prescritta l'emanazione dell'ingiunzione demolitoria del manufatto eseguito in virtù del titolo annullato.

Dal canto suo, l'Ufficio del Prefetto è investito della competenza ad eseguire la demolizione degli abusi allorquando tali procedure non siano state attivate entro centottanta giorni dal loro accertamento.

A tal uopo, il Prefetto si avvale degli Uffici comunali per ogni esigenza "tecnico-progettuale" e del Genio militare per sua la "materiale demolizione" (cfr. art. 41, commi 1 e 2, del TUed).

È bene evidenziare che tale disciplina è stata introdotta da una recente novella⁶¹, che ha apportato significative modifiche al precedente regime.

Alle origini, l'art. 41 del TUed descriveva le procedure che, in sede di esecuzione dell'ingiunzione demolitoria, il Comune era tenuto a seguire.

Nel dettaglio, accertata l'inottemperanza all'ordine demolitorio ed acquisita l'area interessata, l'Ente Locale procedeva alla valutazione tecnico-economica dei lavori di demolizione, da sottoporre all'approvazione della Giunta Comunale e da notificare all'interessato. La materiale demolizione veniva eseguita in amministrazione diretta ovvero mediante affidamento (con procedura di gara) dei lavori a ditte esterne.

Allorquando l'affidamento dei lavori risultasse impossibile, se ne dava comunicazione all'Ufficio Territoriale di Governo, il quale vi provvedeva attraverso l'utilizzo dei mezzi a propria disposizione ovvero mediante l'affidamento dei lavori ad operatori economici esterni.

Con una successiva modifica (introdotta dall'art. 32, comma 49-ter, del D.L. n. 269/2003)⁶², nel prevedere l'obbligo di trasmettere (ogni anno) al Prefetto l'elenco delle opere da demolire, si era assegnato a quest'ultima Autorità la competenza a porre in esecuzione gli ordini demolitori.

Tale novella, tuttavia, era stata censurata dalla Corte Costituzionale (con la sentenza n. 196 del 28 giugno 2004), in quanto ritenuta non conforme all'art. 118, commi 1 e 2, della Costituzione⁶³.

⁶¹ Introdotta dall'art. 10 bis della L. n. 120/2020, di conversione del D.L. n. 76/2020.

⁶² Convertito con modificazioni dalla Legge 24 novembre 2003, n. 326.

⁶³ Secondo cui: "*Le funzioni amministrative sono attribuite ai Comuni salvo che, per assicurarne l'esercizio unitario, siano conferite a Province, Città metropolitane, Regioni e Stato, sulla base dei principi di sussidiarietà, differenziazione ed adeguatezza. I Comuni, le Province e le Città metropolitane sono titolari di funzioni amministrative proprie e di quelle conferite con legge statale o regionale,*

Ciò in quanto, in assenza di una valida giustificazione, tali competenze erano state sottratte all'Ente Locale per attribuirle ad un organo statale.

La vigente formulazione normativa, in confronto a quella precedente, risulta più coerente rispetto al riparto di competenze tra i diversi livelli di governo, permanendo tale incombenza, in buona sostanza, in capo al Comune.

Al contempo, essa rivela una chiara tendenza ad assicurare la materiale esecuzione degli ordini demolitori superando eventuali situazioni di stallo.

La Prefettura, infatti, non interviene più su richiesta dell'Ente Locale (*id est*: in via sussidiaria) qualora quest'ultimo, all'esito di una procedura di gara, non fosse riuscito ad affidare i lavori di demolizione, bensì nell'esercizio di un controllo sostitutivo sul Comune rimasto inerte.

L'attuale formulazione normativa, tuttavia, non è scevra di dubbi interpretativi, posto che l'utilizzo di locuzioni generiche rende incerto il *dies a quo* (identificato nel "*mancato avvio delle procedure di demolizione*") per il computo del termine di centottanta giorni, il cui decorso legittima l'attivazione del potere sostitutivo da parte del Prefetto.

3. Recenti questioni vagliate dalle Corti EDU e di Giustizia UE

Le Corti EDU e di Giustizia UE hanno espresso, con recenti statuizioni, importanti principi di diritto in grado di incidere, in modo sostanziale, sull'impianto sanzionatorio degli illeciti edilizi.

La Corte di Giustizia UE, con la sentenza del 20 marzo 2018 (C 537/16), si è pronunciata sulla compatibilità, al diritto euro-unitario, della disciplina interna che prescrive una sanzione amministrativa (pecuniaria) nei confronti di chi ha commesso illeciti (*id est*: la manipolazione del mercato), in relazione ai quali è già stata pronunciata una condanna penale definitiva⁶⁴.

secondo le rispettive competenze".

⁶⁴ Nel caso di specie, il ricorrente ha posto in essere operazioni di manipolazione del mercato, a fronte delle quali è stata elevata sia una sanzione pecuniaria (da parte della Consob) pari 5 a milioni di euro (a seguito della riduzione disposta dall'Autorità giudiziaria nazionale), sia una condanna penale (di quattro anni e sei mesi di reclusione).

Il riferimento è all'art. 187 *ter* del TUF⁶⁵, che impone, a carico di chi manipola il mercato, l'irrogazione di una sanzione pecuniaria (*id est*: da ventimila a cinque milioni di euro) che può aggiungersi alla responsabilità penale allorquando il medesimo fatto costituisca reato.

L'adita Autorità giudicante, in particolare, è stata chiamata a valutare la compatibilità del suddetto impianto sanzionatorio alle seguenti norme:

- l'art. 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, ai sensi del quale: “*Nessuno può essere perseguito o condannato per un reato per il quale è già stato assolto o condannato nell'Unione a seguito di una sentenza penale definitiva conformemente alla legge*”;
- l'art. 4 del Protocollo n. 7 alla CEDU, secondo cui: “*Nessuno potrà essere perseguito o condannato penalmente dalla giurisdizione dello stesso Stato per un'infrazione per cui è già stato scagionato o condannato a seguito di una sentenza definitiva conforme alla legge ed alla procedura penale di tale Stato*”.

In altri termini, è in questione la compatibilità con il principio del *ne bis in idem*, che vieta il cumulo di procedimenti e di sanzioni di natura penale sui medesimi fatti e nei confronti della stessa persona⁶⁶.

Al fine di individuare le sanzioni aventi natura penale, la Corte di Giustizia UE ha individuato i seguenti indicatori: la qualificazione giuridica dell'illecito nel diritto nazionale, la natura dell'illecito, il grado di severità della sanzione.

Ivi si è anche chiarito che la natura penale della sanzione non dipende da come il legislatore nazionale qualifica la misura afflittiva, risultando decisiva la finalità perseguita dalla stessa.

Nel dettaglio, si è in presenza di una sanzione a carattere penale se essa persegue finalità repressive; diversamente, non è tale la misura tesa a ristorare il danno cagionato o a ripristinare la legalità vio-

⁶⁵ Testo Unico in materia di intermediazione finanziaria, approvato con d.lgs. n. 58/1998.

⁶⁶ Il medesimo principio è stato enunciato con la sentenza del 26 febbraio 2016, C-617/10, Åklagaren c. Åkerberg Fransson. In quell'occasione, la Corte di Giustizia UE si è pronunciata sulla compatibilità al *ne bis in idem* di una legislazione nazionale che, in caso di frode fiscale, prescrive il cumulo di sovrattasse e sanzioni penali inflitte dalla stessa Autorità giurisdizionale. A fronte di ciò, si è statuito che il suddetto principio non osta a che uno Stato membro imponga, per le medesime violazioni, una sanzione tributaria e successivamente una sanzione penale, qualora la prima sanzione non sia di natura penale.

lata, eliminando le conseguenze materiali della condotta illecita. Quanto alla severità della sanzione, in omaggio al principio di proporzionalità, essa non deve eccedere i limiti di ciò che è idoneo (e necessario) al conseguimento degli scopi perseguiti dalla norma. In tale ottica, il cumulo delle sanzioni di natura penale in tanto è possibile in quanto la severità delle sanzioni inflitte, nel complesso, risulti commisurata alla gravità della condotta illecita commessa. Alla luce di quanto sopra, una legge nazionale che prevede, anche a seguito di una condanna penale definitiva, l'automatico avvio di un procedimento volto all'irrogazione di una sanzione amministrativa (di natura penale) sui medesimi fatti, rischia di generare, rispetto alla gravità dell'illecito, una reazione sanzionatoria eccessiva e sproporzionata.

Per tali ragioni, la Corte di Giustizia UE ha enunciato il principio di diritto secondo cui l'articolo 50 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE osta ad una normativa nazionale che, nel sanzionare un fatto illecito, consente di cumulare una sanzione penale definitiva con una (ulteriore) sanzione di natura penale, qualora la prima sia idonea a reprimere la condotta illecita in maniera efficace, proporzionata e dissuasiva.

In tale sede, si è anche ribadito che tale norma è dotata di efficacia immediata, cosicché, qualora il Giudice nazionale, chiamato a dirimere una controversia, si trovi ad applicare una norma interna ad essa non conforme, è tenuta a disapplicarla in favore della norma europea.

La Corte EDU, a sua volta, è intervenuta su due importanti fronti. In un primo momento, con la sentenza n. 46577 del 21 aprile 2016 (nel caso *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*), essa si è espressa sul rapporto intercorrente tra l'ingiunzione demolitoria ed il diritto di abitazione⁶⁷, tutelato dall'art. 8 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo⁶⁸.

⁶⁷ I ricorrenti, nel caso di specie, avevano ereditato un immobile, poi destinato a propria (ed unica) abitazione. Dopo diversi anni, le competenti Autorità, rilevata l'assenza di qualsivoglia titolo abilitativo, ne avevano ingiunto la demolizione. Ebbene, a seguito del rigetto dei rimedi giustiziali proposti innanzi all'Autorità giurisdizionale nazionale, veniva adita la Corte EDU.

⁶⁸ Ai sensi del quale: "Ogni persona ha diritto al rispetto della propria vita privata e familiare, del proprio domicilio e della propria corrispondenza. 2. Non può esservi ingerenza di una autorità pubblica nell'esercizio di tale diritto a meno che tale ingerenza sia prevista dalla legge e costituisca una misura che, in una società democratica, è necessaria alla sicurezza nazionale, alla pubblica sicurezza, al benessere economico del paese, alla difesa dell'ordine e alla prevenzione dei reati, alla protezione

Se, per un verso, si attribuisce all'ingiunzione demolitoria il compito di assicurare il corretto assetto del territorio, per altro verso, qualora essa rischi di ledere il diritto di abitazione, risulta necessaria una propedeutica valutazione al fine di individuare la misura più adeguata al caso concreto.

Nel corso del giudizio, tuttavia, è emerso che l'ordinamento giuridico nazionale (*id est*: l'ordinamento bulgaro) non consente di svolgere alcun preventivo approfondimento istruttorio, in considerazione del fatto che, in sede di repressione dell'abusivismo, le condizioni personali dei soggetti interessati non assumono alcun rilievo.

A fronte di ciò, la Corte EDU ha statuito che l'interesse pubblico alla repressione dell'abuso, qualora si confronti con il diritto di abitazione, non può prevalere in modo assoluto ed incondizionato, risultando necessario, in ragione della rilevanza degli opposti interessi, un propedeutico bilanciamento.

L'assenza di qualsivoglia meccanismo teso a garantire la proporzionalità della sanzione edilizia è la ragione che ha spinto l'adito Giudicante a ritenere che la normativa nazionale contrasti con l'art. 8 della Convenzione.

Più di recente, la medesima Corte si è espressa sulla conformità, alle norme della CEDU, della confisca urbanistica prevista per la lottizzazione abusiva⁶⁹.

In tale contesto, viene in rilievo l'art. 1 del Protocollo n. 1 alla CEDU, ai sensi del quale: *“Ogni persona fisica o giuridica ha diritto al rispetto dei suoi beni. Nessuno può essere privato della sua proprietà se non per causa di utilità pubblica e nelle condizioni previste dalla legge e dai principi generali del diritto internazionale. Le disposizioni Precedenti non portano pregiudizio al diritto degli Stati di mettere in vigore le leggi da essi*

della salute o della morale, o alla protezione dei diritti e delle libertà altrui”.

⁶⁹ Corte EDU, Grande Camera, sentenza del 28 giugno 2018 resa nei ricorsi nn. 1828/06, 34163/07 e 19029/11, G.I.E.M. S.r.l. ed altri c. Italia. Nel caso di specie, i ricorrenti, imputati per lottizzazione abusiva, sono stati assolti sia in primo che in secondo grado. La Suprema Corte di Cassazione, tuttavia, ha annullato senza rinvio la decisione del Giudice d'Appello, riconoscendo l'illegittimità materiale dei progetti di lottizzazione per la presenza di vincoli inedificabilità assoluta e paesaggistico. Gli imputati, in assenza di colpa o di intenzione a commettere gli atti delittuosi, sono stati assolti. Tuttavia, è stata ordinata la confisca degli immobili in quanto, conformemente alla propria giurisprudenza, risulta obbligatorio applicare l'art. 19 della L. n. 47/1985 (*vigente ratione temporis*) in caso di lottizzazione abusiva, anche in assenza di condanna penale dei costruttori.

ritenute necessarie per disciplinare l'uso dei beni in modo conforme all'interesse generale o per assicurare il pagamento delle imposte o di altri contributi o delle ammende".

Anche tale norma postula un rapporto di proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, in modo da scongiurare sacrifici iniqui e sproporzionati.

Tanto comporta, con riguardo alla confisca, di valutare preventivamente:

- la possibilità di adottare misure meno restrittive, quali l'ingiunzione a demolire le opere abusive o l'annullamento del progetto di lottizzazione;
- l'ampiezza della sanzione, nel senso di accertare se essa coinvolge indifferentemente aree edificate e non edificate, anche appartenenti a terzi;
- la colpa dei soggetti destinatari.

Ne consegue che l'automatica applicazione della confisca, al configurarsi della lottizzazione abusiva, contrasta con il principio in commento in quanto impedisce, all'Autorità giudicante, di individuare la misura più idonea al caso di specie e, più in generale, di bilanciare la sanzione con lo scopo della norma e con le situazioni soggettive dei destinatari⁷⁰.

In sintesi, si censura il carattere potenzialmente sproporzionato di tale misura.

Il Giudice di Strasburgo si è anche pronunciato sulla compatibilità della confisca all'art. 6, par. 2, della CEDU, recante il principio di presunzione di innocenza, nonché all'art. 7 della Convenzione⁷¹, in ragione del fatto che le sanzioni sono state disposte in assenza di una condanna formale.

Ciò in quanto, nel caso di specie, alcuni dei soggetti sanzionati

⁷⁰ Giova evidenziare che, con la sentenza del 20 gennaio 2009, resa nel ric. n. 75909/01 (Sud Fondi s.r.l. e altri c. Italia), la Corte EDU ha statuito che la confisca costituisce una pena e, pertanto, in relazione ad essa viene in rilievo l'articolo 7 della Convenzione. Sulla scorta di tale pronuncia, la Corte costituzionale, con la sentenza n. 239 del 24 luglio 2009, ha stabilito che: *"La confisca non può derivare automaticamente da un'urbanizzazione abusiva, senza tener conto della responsabilità dei fatti"*.

⁷¹ Ai sensi del quale: *"Nessuno può essere condannato per una azione od omissione che, nel momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo la legge nazionale o internazionale. Parimenti non può essere inflitta una pena più grave di quella che sarebbe stata applicata al tempo in cui il reato è stato consumato. Il presente articolo non vieterà il giudizio o la punizione di una persona colpevole di una azione od omissione che, al momento in cui è stata commessa, era ritenuta crimine secondo i principi generali del diritto riconosciuto dalle nazioni civili"*.

non erano stati evocati in giudizio, mentre per una parte il reato si era prescritto.

Ebbene, nei confronti di quest'ultima, si è ritenuto violato il principio di presunzione di innocenza, in ragione del fatto che la Corte di Cassazione ha annullato la sentenza di proscioglimento emessa dalla Corte d'Appello pur rilevando che il procedimento si era estinto per prescrizione.

Quanto al secondo aspetto, sulla scorta di un pertinente filone interpretativo⁷², l'adito Giudicante ha chiarito, in via preliminare, che l'Amministrazione ha il potere di emanare atti sanzionatori anche in mancanza di un procedimento penale, senza che ciò comporti la violazione della presunzione di innocenza.

Diversamente ragionando, l'Autorità amministrativa perderebbe, di fatto, la possibilità di esercitare i propri poteri sanzionatori.

Con riguardo al soggetto nei cui confronti il reato si era prescritto, poi, si è ritenuto che la confisca non leda l'art. 7 della CEDU, essendo stato garantito il diritto alla difesa e sussistendo, nel caso concreto, una condanna formale⁷³.

Per le parti non evocate in giudizio, diversamente, si è ravvisata la violazione di tale norma, non potendo esse rispondere di un fatto commesso da altri⁷⁴.

⁷² È consolidato il principio in base al quale la "pena" può essere applicata anche da un'Autorità amministrativa, purché esista la facoltà di impugnare la decisione innanzi ad un'Autorità giurisdizionale che offra le garanzie dell'art. 6 della CEDU (tra le tante, Corte EDU, 4 marzo 2014, ric. n. 18640/2010, Grande Stevens e altri c. Italia).

⁷³ Con la sentenza del 29 ottobre 2013, resa nel ric. n. 17475/09 (caso Varvara c. Italia), la Corte EDU si è espressa sulla conformità alle norme della Convenzione della decisione del Giudice nazionale che, sulla scorta di consolidati arresti, ha disposto la confisca dei beni nonostante l'intervenuta prescrizione dei reati. Il Giudice nazionale, in particolare, ha ritenuto di irrogare tale misura anche nelle ipotesi di assoluzione nel merito (ad eccezione di quando il fatto non sussiste) o di prescrizione del reato, risultando prevalente l'accertamento di una lottizzazione avvenuta in contrasto con le prescrizioni urbanistiche. A fronte di ciò, si è ravvisata la violazione tanto dell'art. 7 della Convenzione, che impone, per infliggere la pena, un provvedimento giurisdizionale che consente di addebitare il reato e di comminare la pena al suo autore, quanto dell'art. 1, par. 1, della stessa, in quanto contraria al principio di legalità.

⁷⁴ Nel nostro ordinamento, tale garanzia rientra tra i diritti fondamentali della persona. Infatti, ai sensi dell'art. 27, comma 1, della Carta Costituzionale, la responsabilità penale è personale. Esso comporta, per un verso, il divieto di responsabilità penale per il fatto altrui e, per altro verso, il ripudio per ogni forma di responsabilità oggettiva. Ne discende che la responsabilità penale è da intendersi come responsabilità colpevole. Al riguardo, con la storica sentenza n. 364 del 23 marzo 1988, la Corte Costituzionale ha chiarito che: «<... Si risponde penalmente soltanto per il fatto proprio, purché

4. Considerazioni conclusive

Dalle superiori argomentazioni emerge che il quadro sanzionatorio in materia edilizia, previsto dal nostro ordinamento, presenta plurimi profili di criticità.

Per un verso, la concorrenza di profili amministrativi e penali e la pluralità delle Autorità sanzionatorie, in aggiunta alle numerose novelle legislative che hanno interessato la materia, specie con riguardo alla classificazione degli interventi edilizi (con conseguente ricaduta sul regime sanzionatorio), sono andate a configurare un sistema complesso ed eccessivamente afflittivo⁷⁵.

Per altro verso, si è detto che le sanzioni edilizie rappresentano misure doverose, vincolate ed aventi carattere reale, nel senso che, rivolgendosi alla *res*, prescindono dalla responsabilità di chi è nella disponibilità del bene.

I suddetti caratteri appaiono collidere con i principi di diritto enunciati dalla Corte EDU con la sentenza n. 46577 del 21 aprile 2016 (nel caso *Ivanova e Cherkezov c. Bulgaria*), allorché la potestà sanzionatoria si ponga in contrasto con il diritto all'abitazione dell'acquirente in buona fede.

Ciò in quanto il nostro ordinamento, non attribuendo rilievo alla colpevolezza ed alla posizione di chi si trova nella disponibilità del bene, omette qualsivoglia bilanciamento tra gli opposti interessi e rischia, in tal modo, di non dare concreta applicazione al principio di proporzionalità.

Tale impostazione discende dagli orientamenti consolidatisi in sede pretoria, in base ai quali l'interesse a reprimere l'abuso edilizio è decisamente prevalente rispetto agli interessi dei privati coinvolti e sacrificati.

Proprio al riguardo, la Suprema Corte di Cassazione, con una recente statuizione⁷⁶, nel prendere atto degli orientamenti sovranazionali, ha ribadito la tendenza a dar prevalenza al momento repressivo dell'illecito edilizio, ritenendo che l'esecuzione dell'ordine demolitorio non contrasti con il diritto all'abitazione di cui

si precisi che per "fatto proprio" non si intende il fatto collegato al soggetto, all'azione dell'autore, dal mero nesso di causalità materiale ... ma anche, e soprattutto, dal momento subiettivo, costituito, in presenza della prevedibilità ed evitabilità del risultato vietato, almeno della colpa in senso stretto>>.

⁷⁵ Anche in considerazione del fatto che il governo del territorio fa parte di quelle materie rientranti nella potestà legislativa concorrente di Stato e Regioni.

⁷⁶ Cass. pen., Sez. III, 13 gennaio 2020, n. 844.

all'art. 8 della CEDU, non desumendosi, da quest'ultima norma, un diritto assoluto ad occupare un immobile realizzato *sine titulo* anche se adibito ad (unica) abitazione principale⁷⁷.

Ciò tenuto anche conto che, per un verso, il diritto di abitazione andrebbe comunque temperato con l'interesse (della collettività) all'applicazione della normativa edilizia; per altro verso, che l'ingiunzione demolitoria, avendo finalità ripristinatorie, non costituisce una sanzione penale⁷⁸.

Tale ultima valutazione, a tutto concedere, se è condivisibile qualora riferita all'ordine demolitorio, difficilmente si attaglia alle sanzioni conseguenti alla sua inottemperanza, in relazione alle quali lo scopo di ripristinare lo *status quo ante* cede il posto a finalità eminentemente repressive ed ablatorie⁷⁹.

⁷⁷ In merito, si segnala il contributo di A. SCARCELLA, *Compatibile con la C.E.D.U. l'ordine di demolizione? Il commento*, in *Urbanistica e appalti*, 2016, 12, 1317, in www.leggiditalia.it. Ivi l'Autore analizza la sentenza n. 46577 del 21 aprile 2016, resa dalla Corte EDU, sulla presunta violazione dell'ingiunzione demolitoria all'art. 8 della Convenzione EDU ed all'art. 1 del Protocollo n. 1. L'Autore, in particolare, mette in rilievo come per la Corte EDU l'interesse pubblico a ripristinare l'ordine violato dall'intervento abusivo non può intendersi sempre prevalente rispetto alla posizione del privato (che ha violato tale ordine). In particolare, si impone un bilanciamento ogni qualvolta l'interesse pubblico si trovi di fronte al diritto di abitazione del privato, qualora l'entità dell'abuso non sia di rilevanti dimensioni e risulti collegato a situazioni di difficoltà economica (quindi, è privo di intenzioni speculative).

⁷⁸ Nel caso di specie, ad ogni modo, le doglianze del ricorrente sono state respinte anche in considerazione del fatto che l'abuso concerneva unicamente una porzione dell'immobile (ossia un suo ampliamento). Più di recente, il Giudice Amministrativo, sul presupposto che occorre un "adeguato esame della proporzionalità dell'esecuzione della demolizione rispetto all'interesse pubblico volto a garantire l'effettiva applicazione delle norme in materia edilizia, esame da valutarsi caso per caso, tenendo conto delle condizioni personali dei destinatari, della misura sanzionatoria e delle loro risorse economiche", ha evidenziato, al contempo, come ricada sul ricorrente l'onere di dimostrare "l'indispensabilità dell'immobile abusivo per soddisfare primarie esigenze abitative, l'assenza di reddito per conseguire una abitazione alternativa, il possesso dei requisiti per fruire di un alloggio di edilizia residenziale pubblica e la mancata messa a disposizione di un siffatto alloggio da parte della Pubblica Amministrazione" (CGARS, Sez. I, 21 ottobre 2020, n. 268).

⁷⁹ L'art. 31 del TUed prescrive, per l'inottemperanza all'ordine demolitorio, le seguenti sanzioni: l'acquisizione dell'area di sedime (che avviene *ope legis* alla scadenza del termine), l'acquisizione di un'area (ulteriore a quella precedente) fino a dieci volte la superficie occupata dall'intervento abusivo, e l'irrogazione di una sanzione amministrativa. Al riguardo, la giurisprudenza è pacifica nel ritenere che: "L'acquisizione gratuita al patrimonio comunale costituisce una misura di carattere sanzionatorio che consegue automaticamente alla mancata esecuzione dell'ingiunzione di demolizione, con carattere dichiarativo del trasferimento coattivo al Comune della proprietà sull'immobile, per effetto della mera scadenza del termine per ottemperare all'ingiunzione di demolizione previsto dalla legge" (da ultimo, TAR

Non da ultimo, la tendenza a reprimere l'abusivismo edilizio risulta accentuata anche dagli ultimi interventi del legislatore, avendo assegnato all'Ufficio del Prefetto un controllo sostitutivo nei confronti dell'Ente Locale che, decorsi centottanta giorni dall'accertamento dell'illecito edilizio, rimane inerte.

Tale quadro sanzionatorio, se applicato in modo assoluto, rischia altresì di collidere con l'orientamento espresso dalla Corte di Giustizia UE con la sentenza del 20 marzo 2018 (C 537/16), in cui si è chiarito che il cumulo delle sanzioni di natura penale in tanto è possibile in quanto la severità delle sanzioni risulti (nel complesso) commisurata alla gravità della condotta illecita.

In sintesi, viene anche in rilievo la compatibilità con il *ne bis in idem*⁸⁰.

Al riguardo, è opportuno precisare come il suddetto principio, in virtù di recenti statuizioni della Corte Costituzionale (rese in conformità agli orientamenti espressi dalla Corte EDU), abbia subito un ampliamento del proprio campo di applicazione, riferendosi all'*idem factum* e non più all'*idem legale*⁸¹.

La distinzione non è di poco conto: l'*idem legale* ammette un ulteriore giudizio sui medesimi fatti qualora essi siano diversamente qualificati sotto il profilo giuridico; l'*idem factum*, rivolgendosi al mero fatto in senso naturalistico, osta ad un ulteriore processo sui medesimi fatti qualora, anche se diversamente qualificati, questi risultino identici in tutte le loro componenti.

Tanto ha alimentato la questione sulla compatibilità del suindicato principio con il sistema del "doppio binario" sanzionatorio, accentuando le criticità legate al cumulo automatico di misure afflittive penali e amministrative nei riguardi della medesima condotta illecita.

Campania, Napoli, Sez. IV, 18 novembre 2020, n. 5312).

⁸⁰ Al riguardo, si segnala il contributo di A. CASONE, *Abusi edilizi - acquisizione gratuita dell'immobile abusivo da parte della Pubblica Amministrazione*, in *Giur. It.*, 2018, 4, 930, in www.pluris-cedam.utetgiuridica.it. *Inter alia*. Ivi si pone in evidenza come, con riguardo alla duplice sanzione prescritta nell'ipotesi di inottemperanza all'ingiunzione demolitoria, possa configurarsi la violazione del principio del *ne bis in idem*.

⁸¹ D. PULITANÒ, *Ne bis in idem. Novità dalla Corte costituzionale e problemi aperti*, in *Dir. Penale e Processo*, n. 12/2016, IPSOA, 1588 - 1594. Ivi l'Autore commenta la sentenza della Corte Costituzionale n. 200 del 16 luglio 2016, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. nella parte in cui "Esclude che il fatto sia il medesimo per la sola circostanza che sussiste un concorso formale tra il reato già giudicato con sentenza divenuta irrevocabile e il reato per cui è iniziato il nuovo procedimento penale".

In merito, si è osservato che non sia in dubbio l'ammissibilità di un "doppio binario" sanzionatorio, quanto la necessità di assicurare una risposta sanzionatoria che sia, nel complesso, proporzionata all'illecito.

Vale a dire che l'ordinamento interno ben potrebbe punire i medesimi fatti con sanzioni di natura diversa, ma senza poter imporre, attraverso il loro cumulo, sacrifici eccessivi rispetto alla gravità del fatto commesso⁸².

Ciò in virtù del passaggio da una prospettiva processuale di tale principio, tesa ad evitare un doppio processo sui medesimi fatti, ad un'altra di tipo sostanziale, volta ad assicurare la proporzionalità sanzionatoria complessiva⁸³.

Non mancano, al riguardo, posizioni di criticità al sistema.

Autorevole dottrina sottolinea come la dilatazione del divieto del *ne bis in idem*, in assenza di interventi chiarificatori da parte del legislatore, comporti l'effetto (*recte*: il rischio) di consentire l'irrogazione della sola sanzione (penale o amministrativa) che per prima viene applicata, escludendo le altre.

In sintesi, viene evidenziato che l'ampliamento del campo di applicazione del principio in commento, in quanto neutro rispetto alle alternative sanzionatorie, rischia di produrre l'effetto secondo cui "*vince chi arriva prima*"⁸⁴.

Non sono secondari, infine, i profili procedimentali e motivazionali dell'atto.

Si è detto che la giurisprudenza nazionale è pacifica nell'ammettere una generale attenuazione delle garanzie partecipative e dell'o-

⁸² Tra i numerosi contributi in materia, B. PIATTOLI GIRARD, *Ne bis in idem: un principio in evoluzione - Livelli di tutela europei per la garanzia del ne bis in idem*, in Giur. It., 2019, 6, 1457, in [leggiditalia.it](#); S. STACCA, *Il ne bis in idem e la difficoltà di dialogo tra ordinamento europeo e ordinamento interno - il commento*, in Giornale Dir. Amm., 2018, 6, 748, in [leggiditalia.it](#); F. CONSULICH, *Il Prisma del ne bis in idem nelle mani del giudice eurounitario*, in Dir. Penale e Processo, 2018, 7, 949, in [leggiditalia.it](#).

⁸³ C. SILVA, *Ne bis in idem: un principio in evoluzione - ne bis in idem sostanziale: la faticosa emersione del contenuto di un principio*, in Giur. It., 2019, 6, 1457, in [leggiditalia.it](#).

⁸⁴ D. PULITANÒ, op. ult. cit., che richiama G.M. FLICK - V. NAPOLEONI, *A un anno di distanza dall'affaire Grande Stevens: dal bis in idem all'e pluribus unum?*, in Riv. Società, 2015, 868. L'Autore sottolinea l'opportunità di un intervento legislativo che chiarisca i limiti di applicazione del principio, valutando "*Se e dove vi siano ragioni idonee a giustificare un doppio binario processuale, consistente da un lato in un binario autenticamente penalistico, e dall'altro lato in un binario autenticamente amministrativo*". Il rischio concreto è quello di sacrificare l'applicazione della sanzione penale, in considerazione del fatto che il procedimento amministrativo, in genere, arriva a conclusione per prima.

nere motivazionale, in ragione del carattere vincolato e doveroso delle misure in commento.

L'ingiunzione demolitoria, per un verso, risulta congruamente motivata allorquando contenga la descrizione degli abusi ed il richiamo della disciplina violata; per altro verso, essa non necessita di alcun apporto partecipativo.

Tale impostazione, a ben vedere, risulta incompatibile con le garanzie assicurate dall'art. 41 della Carta europea dei diritti dell'uomo⁸⁵.

Ivi, infatti, si riconosce: “a) il diritto di ogni persona di essere ascoltata prima che nei suoi confronti venga adottato un provvedimento individuale che le rechi pregiudizio; b) il diritto di ogni persona di accedere al fascicolo che la riguarda, nel rispetto dei legittimi interessi della riservatezza e del segreto professionale e commerciale; c) l'obbligo per l'amministrazione di motivare le proprie decisioni” (cfr. comma 2).

Dal quadro normativo ed ermeneutico sopra riportato emerge come il nostro ordinamento, ponendo in assoluto risalto la necessità di tutelare il corretto assetto del territorio e di reprimere il fenomeno dell'abusivismo edilizio, renda recessiva la posizione (ed irrilevante l'assenza di colpa) di chi si trova nella disponibilità del manufatto (su cui insiste l'abuso).

Difatti, anche il terzo in buona fede diviene il destinatario dell'ingiunzione demolitoria, persino qualora sia pacifico che l'alienazione sia avvenuta in circostanze che escludono qualsivoglia intento elusivo⁸⁶.

Tale condizione se, per un verso, esclude la responsabilità penale (gravante solo sull'autore materiale dell'abuso) e legittima l'esperimento (contro il dante causa) dei rimedi risarcitori, per altro verso, non lo pone al riparo dalle sanzioni conseguenti all'inottemperanza di suddetta ingiunzione⁸⁷.

⁸⁵ Rubricato “Diritto ad una buona amministrazione”.

⁸⁶ A tali conclusioni è giunta l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con la sentenza n. 9 del 17 ottobre 2017, in cui si è espresso il principio di diritto in base al quale: “Il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo ... non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi dell'onere di ripristino.

⁸⁷ La giurisprudenza è consolidata nel ritenere che “Il proprietario possa essere coinvolto nel procedimento successivo all'accertamento dell'inottemperanza all'ordine di demolizione (in particolare,

Lo stesso vale (ma con sacrifici ancor maggiori per il terzo in buona fede) per la lottizzazione abusiva, posto che l'orientamento giurisprudenziale è granitico nel ritenere che, una volta accertati gli "indici rivelatori" descritti dalla legge, deve prescindersi dalla buona fede dei successivi acquirenti, trattandosi di una condizione irrilevante tanto in sede penale quanto in quella amministrativa.

Quindi, ai fini dell'applicazione delle sanzioni amministrative risulta decisiva la sussistenza di un abuso oggettivo, impregiudicato il diritto del terzo in buona fede di rivolgersi, in sede civilistica, nei confronti dell'alienante per ottenerne la condanna al risarcimento dei danni⁸⁸.

A fronte dei principi di diritto enunciati dalle Corti EDU e di Giustizia dell'UE, la tendenza a contrastare il fenomeno dell'abusivismo edilizio anche a discapito di un'attenta e propedeutica ponderazione tra gli interessi confliggenti, specie qualora il destinatario di tali misure sia un acquirente in buona fede e quando sia in gioco il suo diritto di abitazione, unitamente al concorso tra sanzioni penali ed amministrative, rischia di rendere il suddetto apparato sanzionatorio sproporzionato ed eccessivamente afflittivo e, per certi aspetti, di dubbia compatibilità con le norme ed i principi sovra-nazionali.

nel sub-procedimento relativo all'acquisizione al patrimonio comunale del bene e dell'area di sedime), a prescindere da una sua diretta responsabilità nell'illecito edilizio. La giurisprudenza amministrativa ha avuto peraltro agio di affermare che tale sistema non presenta profili di criticità sul piano del rispetto dei principi costituzionali (in tali ricomprendendo anche quelli desumibili dalle disposizioni sovranazionali che trovano applicazione nel nostro ordinamento, quali norme interposte, in base all'art. 117 Cost.). E ciò per la dirimente ragione che si tratta di sanzioni in senso improprio, non aventi carattere personale ma reale, essendo adottate in funzione di accrescere la deterrenza rispetto all'inerzia conseguente all'ordine demolitorio e di assicurare ad un tempo la effettività del provvedimento di ripristino dello stato dei luoghi e la soddisfazione del prevalente interesse pubblico all'ordinato assetto del territorio" (da ultimo, TAR Campania, Napoli, Sez. II, 30 giugno 2020, n. 2720). Al fine di applicare anche al terzo le suddette sanzioni, in sede pretoria si è anche chiarito che: "L'ordinanza di demolizione dell'opera abusivamente realizzata va obbligatoriamente notificata, in via prioritaria e a pena di illegittimità al responsabile dell'abuso edilizio, mentre l'omessa notifica della stessa al proprietario dell'area, nella quale è stato commesso l'abuso edilizio, comporta soltanto la mancata acquisizione al patrimonio comunale dell'area stessa" (TAR Campania, Napoli, Sez. III, 28 settembre 2020, n. 4087).

⁸⁸ *Ex multis* ed in termini, TAR Campania, Napoli, Sez. II, 24 novembre 2020, n. 5500.

